

CARMINE VOLPE

L'affidamento in house. Questioni aperte sulla disciplina applicabile*

SOMMARIO: 1. Il sistema di multistrato e multilivello normativo. 2. Appalti pubblici e servizi pubblici. 3. La rilevanza plurima dell'in house. 4. Le ragioni della costruzione dell'in house. 5. I requisiti dell'in house. 6. L'in house modello organizzativo e modalità di affidamento. 7. L'evoluzione nei servizi pubblici locali di rilevanza economica: cenni. 8. L'in house nelle società strumentali. 9. L'in house nel servizio di distribuzione del gas. 10. La società in house come società a diritto speciale. 11. L'in house orizzontale e il controllo limitato ad alcune delle attività della società. 12. L'in house nelle nuove direttive. 13. Il partenariato pubblico-pubblico, ossia la cooperazione pubblico-pubblico non istituzionalizzata. 14. L'applicazione del codice appalti ai servizi pubblici, ovvero l'incertezza del diritto. 15. Conclusioni.

1. Il sistema di multistrato e multilivello normativo.

L'argomento dell'in house si inquadra nella materia degli appalti pubblici e dei servizi pubblici e, in generale, in quella dei contratti pubblici.

Si tratta di materia disciplinata innanzitutto a livello europeo.

La normativa europea, come si sa, possiede una forza "superiore" a quella interna; nel senso che la normativa interna, se non conforme a quella europea, deve essere disapplicata, o meglio non applicata, non solo dal giudice, al quale spetta in caso di antinomie normative stabilire la regola applicabile, ma anche dalla pubblica amministrazione. Il principio, affermato dapprima dalla Corte di giustizia dell'Unione europea (UE) al fine di garantire l'applicazione del diritto europeo da parte degli Stati membri, è stato poi avallato dalla Corte costituzionale.

La forza "superiore" del diritto europeo si ripercuote sulla patologia degli atti amministrativi, i quali, se conformi a normativa interna a sua volta non conforme a normativa europea, e quindi difformi rispetto a quest'ultima, sono illegittimi. E quando si parla di normativa europea, nella stessa va ricompresa la normativa interna di recepimento che non può cambiare i connotati alla disciplina che recepisce.

* Si tratta della relazione, riveduta e corretta, svolta nel seminario di studi su "La gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica" organizzato dalla Società sarda degli avvocati amministrativisti a Cagliari il 4 luglio 2014.

Con conseguenze anche a fini risarcitori, in quanto l'accertata illegittimità del potere esercitato dall'amministrazione, nel caso in cui arreca ai destinatari dello stesso un danno ingiusto, in presenza di determinate condizioni, obbliga al risarcimento.

Nello stesso tempo sia il diritto europeo che il diritto interno sono a loro volta costituiti da un multilivello normativo, gerarchicamente organizzato.

Il diritto interno consta di leggi statali e regionali, regolamenti governativi e non. A loro volta i regolamenti, se non conformi a legge, devono essere disapplicati.

Il diritto europeo è costituito dai principi e dalle norme del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), dai principi affermati dalle sentenze della Corte di giustizia e dai provvedimenti emessi dagli organi comunitari (regolamenti, direttive e decisioni); provvedimenti i quali sono sottoposti ai principi e alle norme del TFUE a cui danno attuazione e, a loro volta, hanno una diversa efficacia. Ad esempio, le direttive, le quali, a differenza dei regolamenti, non sono direttamente applicabili negli ordinamenti giuridici degli Stati membri, lo diventano, invece, una volta scaduto il termine per il loro recepimento e in caso di inerzia, nell'ipotesi in cui contengano disposizioni dettagliate e incondizionate; si rafforza, in tal modo, l'obbligo di recepimento degli Stati membri.

In particolare, l'interpretazione del diritto europeo da parte della Corte di giustizia ha efficacia *ultra partes*, sicché alle sentenze dalla stessa rese, sia pregiudiziali e sia emesse in sede di verifica della validità di una disposizione, deve essere attribuito il valore di ulteriore fonte del diritto; non nel senso che esse creino *ex novo* norme europee, bensì in quanto ne indicano il significato e i limiti di applicazione, con efficacia *erga omnes* nell'ambito dell'Unione. Così che il giudice nazionale deve disapplicare la norma dell'ordinamento interno, per incompatibilità con il diritto europeo, sia nel caso in cui il conflitto insorga con una disciplina prodotta dagli organi dell'Unione mediante regolamento, sia nel caso in cui il contrasto sia determinato da regole generali dell'ordinamento europeo ricavate in sede di interpretazione dell'ordinamento stesso da parte della Corte di giustizia (Cons. Stato, sez. IV, 4 marzo 2014, n. 1020).

E' evidente che tale sistema di multistrato e multilivello normativo, in un settore così delicato oltre che strategico per l'economia del Paese, quale quello degli appalti e dei servizi pubblici, costituisce uno dei problemi principali, assieme a quello della corruzione (che finisce per essere quasi speculare), e consegue alle difficoltà applicative e interpretative delle numerose, continue e variegate norme (spesso formali e di eccessivo dettaglio), oltre che dei principi, che regolano la materia. A discapito soprattutto di esigenze di certezza del diritto, fondamentali per incentivare gli investimenti e consentire la crescita del settore.

2. Appalti pubblici e servizi pubblici.

Di rilievo la differenza tra appalti pubblici e servizi pubblici; nozione, quest'ultima, che nel diritto europeo corrisponde a quella di servizi di interesse generale e, se riferita all'ambito locale, a quella, del nostro ordinamento, di servizi pubblici locali.

Non si tratta solo di distinzione di tipo terminologico bensì di differenza sostanziale che si riverbera sulla disciplina applicabile.

Gli appalti pubblici sono caratterizzati da prestazioni svolte a favore dell'amministrazione la quale, a corrispettivo dell'attività svolta dall'appaltatore, paga un prezzo.

Nei servizi pubblici, invece, la prestazione è svolta non nei confronti dell'amministrazione bensì degli utenti, i quali costituiscono coloro i quali usufruiscono della prestazione, ossia del servizio, e pagano al soggetto gestore il corrispettivo rappresentato dalla tariffa. Il gestore del servizio, ossia quello che eroga la prestazione per la soddisfazione di un bisogno collettivo, assume e sopporta il rischio conseguente e spesso paga anche un corrispettivo all'amministrazione (ad esempio, nel servizio di distribuzione del gas). L'amministrazione è il soggetto affidante del servizio che, in quanto tale, svolge anche attività di controllo e vigilanza sulle prestazioni rese. Si costituisce quindi un rapporto trilaterale, tra l'amministrazione, il soggetto gestore del servizio e gli utenti, i cui rapporti (amministrazione-soggetto affidatario, soggetto affidatario-utenti) sono disciplinati da atti convenzionali (nel primo rapporto si parla di contratti di servizio).

La materia degli appalti pubblici è disciplinata a livello europeo dalle direttive 2004/17/CEE e 2004/18/CEE, recepite dal codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (anche detto codice appalti).

Le direttive, così come il codice dei contratti pubblici che ne costituisce recepimento, non si applicano ai servizi pubblici. L'art. 30 del codice, in tema di concessione di servizi (ossia di servizi pubblici), prevede, ai commi 1 e 7, la sola applicazione delle disposizioni della parte IV e, in quanto compatibile, dell'art. 143, comma 7.

Tuttavia ai servizi pubblici si applicano i principi del TFUE e i principi generali relativi ai contratti pubblici. Si tratta, in particolare, *“dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità”* (*“previa gara informale a cui sono invitati almeno cinque concorrenti, se sussistono in tale numero soggetti qualificati in relazione all'oggetto della concessione, e con predeterminazione dei criteri selettivi”*). Tali principi, a loro volta, non sono altro che corollari del principio di concorrenza che costituisce, assieme ai principi di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi, uno dei principi cardine del Trattato.

Ciò vuol dire che il soggetto affidatario deve essere scelto con procedure di evidenza pubblica, di tipo informale poiché, non applicandosi le direttive appalti e conseguentemente il codice dei contratti pubblici, non si applicano le singole procedure di scelta del contraente così come formalmente disciplinate. Ma, siccome le direttive appalti costituiscono attuazione delle norme e dei principi del Trattato, i quali si applicano anche ai servizi pubblici, questi ultimi sono soggetti pur sempre a una disciplina di derivazione comune a quella degli appalti pubblici.

Quanto poi alla normativa interna, soprattutto in questi ultimi anni si è assistito all'emanazione di leggi dello Stato che hanno posto limiti di vario tipo alla capacità, all'attività e alla stessa possibilità di costituzione di società pubbliche strumentali, che sono quelle che operano nel campo degli appalti pubblici svolgendo attività a favore della pubblica amministrazione. Le stesse leggi hanno escluso dalla loro applicazione la materia dei servizi di interesse generale e quindi le società affidatarie di servizi pubblici. Ciò in considerazione della peculiarità che caratterizza i servizi pubblici, costituita dalla soddisfazione di bisogni di interesse generale e collettivo.

Di qui l'esigenza di delimitare il settore dei servizi pubblici da quello degli appalti pubblici (di servizi).

3. La rilevanza plurima dell'in house.

La nozione di in house ha plurima rilevanza.

Essa rileva, innanzitutto, ai fini del fenomeno delle società pubbliche, tra le quali rientrano le società in house. Occorre *in primis* la totale partecipazione pubblica, ma non tutte le società a totale partecipazione pubblica sono in house, necessitando la presenza delle ulteriori condizioni del controllo analogo e della prevalenza dell'attività, di cui si dirà. L'in house, quindi, costituisce una nicchia del fenomeno delle società pubbliche e si distingue ulteriormente dall'ipotesi delle società miste, ossia dal cosiddetto partenariato pubblico privato istituzionalizzato (PPPI), caratterizzato dalla partecipazione sia pubblica che privata al capitale della società.

L'in house rappresenta anche eccezione al principio di concorrenza e all'applicazione delle direttive appalti.

L'obiettivo della normativa europea è quello della costruzione di un mercato unico e comune. Così che è necessario che non vi siano ostacoli all'entrata nello stesso; entrata che deve essere consentita a tutti gli operatori del settore. Di qui il principio dell'evidenza pubblica, ossia della scelta del soggetto con il quale l'amministrazione dovrà concludere un contratto pubblico previa applicazione di quei principi - di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità (di cui si è detto al paragrafo 2) - che costituiscono a loro volta corollari del principio di concorrenza.

Il carattere di “eccezione” dell’in house (affermato anche dal Consiglio di Stato, con la sentenza dell’adunanza plenaria 3 marzo 2008, n. 1), e la conseguente sua interpretazione restrittiva, sono confermati, da ultimo, dalla Corte di giustizia, con la sentenza della sez. V, 8 maggio 2014 (causa C-15/13).

Allo stesso modo l’in house è un modello di gestione dei servizi pubblici locali, in alternativa a quello dell’evidenza pubblica e della società mista (PPPI). In tal modo era stato concepito dall’art. 113, comma 5, del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 e dalla normativa successiva. E siffatta concezione non è stata smentita dall’art. 34, commi 20 e seguenti, del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla l. 17 dicembre 2012, n. 221, che, anzi, dopo la dichiarazione di incostituzionalità dell’art. 4 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito, con modificazioni, dalla l. 14 settembre 2011, n. 148, da parte della Corte costituzionale (con la sentenza 20 luglio 2012, n. 199), è ritornato (almeno esteriormente, al riguardo si rimanda al paragrafo 7) all’idea alla base del citato art. 113, comma 5.

L’in house, ancora, costituisce esempio di organizzazione amministrativa in quanto, attraverso di esso, l’amministrazione decide di non esternalizzare l’appalto o il servizio ma di procedere in autoproduzione. La scelta, che costituisce espressione di discrezionalità amministrativa e in quanto tale si manifesta attraverso un provvedimento amministrativo emesso in esercizio di potere e quindi sindacabile dal giudice amministrativo, dà luogo a un soggetto formalmente distinto dall’amministrazione, anche se non sostanzialmente; soggetto il quale svolge attività che altrimenti sarebbe stata prestata dalla stessa amministrazione.

L’operatività dell’in house esula dai confini dei servizi pubblici estendendosi a tutta la materia degli appalti. Tant’è vero che la prima sentenza con cui la Corte di giustizia ha elaborato l’istituto dell’in house conseguiva ad una controversia in materia di appalto di forniture (sentenza Teckal, 18 novembre 1999, causa C-107/98).

L’in house è anche una modalità di affidamento e comporta problematiche conseguenti alla sua ammissibilità e ai suoi limiti ma anche una disciplina peculiare, soprattutto interna, che regola la vita del soggetto in house e si distingue parzialmente da quella inerente le altre società non in house; disciplina che consegue all’immedesimazione, a determinati fini, tra il soggetto in house e la pubblica amministrazione.

Connessi all’in house sono poi diversi problemi in tema di *governance* della società, ossia riguardanti le peculiarità che sono richieste nello statuto - relativamente a poteri e organi sociali - affinché si possa individuare il cosiddetto controllo analogo, il quale rappresenta uno degli elementi essenziali, forse il più tipico oltre che il più difficile da individuare in pratica, del soggetto in house.

4. Le ragioni della costruzione dell'in house.

L'in house nasce dalla funzione creatrice della giurisprudenza della Corte di giustizia e trova origine nei principi del Trattato, tenuti sempre presenti nell'elaborazione giurisprudenziale.

L'in house non è concepito come modello a sé stante ma unicamente come possibilità, da parte dell'amministrazione, di affidamento diretto di un appalto o di un servizio prescindendo dall'evidenza pubblica. Le ragioni alla base della costruzione della figura dell'in house trovano origine sempre in controversie aventi ad oggetto la legittimità o meno di un affidamento diretto, ossia senza previa gara. Ne consegue che l'in house viene ad essere concepito dalla giurisprudenza della Corte di giustizia come eccezione all'evidenza pubblica, in quanto non si applica il principio di concorrenza.

L'individuazione delle ipotesi e delle condizioni in cui è consentito un affidamento diretto, in favore di un soggetto che non è sostanzialmente diverso dall'amministrazione affidante costituendone branca o braccio operativo, non dando luogo alla lesione dei principi del Trattato e, in particolare, del principio di concorrenza proprio perché l'autoproduzione non presenta l'alterità di soggetti, alimenta la giurisprudenza sull'in house.

Quindi alla base della creazione dell'in house vi sono essenzialmente ragioni di tipo pratico; le quali connotano tutta la giurisprudenza della Corte di giustizia, a partire dalla sentenza Teckal (18 novembre 1999, causa C-107/98) e a finire a quella della sez. V, 8 maggio 2014 (causa C-15/13).

5. I requisiti dell'in house.

La Corte di giustizia individua i requisiti dell'in house con la famosa sentenza "Teckal" (18 novembre 1999, causa C-107/98), in materia di un appalto di forniture. Tali requisiti vengono poi precisati e rifiniti dalla giurisprudenza successiva della Corte medesima.

I requisiti devono essere tutti sussistenti; la mancanza anche di uno solo di essi non consente l'in house e, quindi, non rende legittimo l'affidamento diretto.

In primo luogo occorre la totale partecipazione pubblica, che distingue l'in house dal PPPI.

Va detto subito che il requisito della totale partecipazione pubblica non è più richiesto dalle nuove direttive appalti e concessioni (si rimanda al paragrafo 12). E già non lo era, con riguardo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia, ai sensi del regolamento CEE del Parlamento europeo e del Consiglio 23 ottobre 2007, n. 1370, che, all'art. 5, comma 2, lett. a), consentiva egualmente di individuare il requisito del controllo analogo anche in mancanza di partecipazione pubblica al 100% *"a condizione che vi sia un'influenza pubblica dominante e che il controllo possa essere stabilito in base ad altri criteri"*.

Occorre inoltre il controllo analogo, ossia che il soggetto pubblico o i soggetti pubblici che partecipano al capitale della società hanno sulla stessa un controllo analogo a quello che hanno sui propri servizi. La giurisprudenza della Corte di giustizia ha rifinito successivamente questo requisito richiedendo che il controllo analogo consista nella possibilità di determinare gli obiettivi strategici e le decisioni significative del soggetto in house; il quale, quindi, non deve avere autonomia gestionale.

Il controllo deve essere effettivo, strutturale e funzionale [da ultimo, Corte di giustizia, sez. V, 8 maggio 2014 (causa C-15/13)], ed esula da quelli che sono gli ordinari poteri attribuiti ai soci pubblici dagli ordinamenti degli Stati membri (si veda, ad esempio, l'art. 2449 c.c.).

La verifica in ordine alla ricorrenza dei requisiti propri del soggetto in house deve compiersi in concreto e in base alle previsioni contenute nello statuto della società in forza di un'indagine empirica da effettuarsi caso per caso (da ultimo, Cass. civ., sez. un., 26 marzo 2014, n. 7177).

E' di facile intuizione rilevare come in ordine all'individuazione di una società in house non vi siano certezze dipendendo il tutto da una verifica empirica che, come varie volte ha affermato la Corte di giustizia, è rimessa, in caso di controversia, ai giudici degli Stati membri.

Per aversi controllo analogo è necessario che non vi sia l'apertura del capitale del soggetto in house ai privati. Al riguardo si configura una diversa posizione della giurisprudenza della Corte di giustizia, più largheggiante, rispetto a quella del Consiglio di Stato, più restrittiva. La prima tende a posizionarsi al momento dell'affidamento ritenendo che quanto accade successivamente all'affidamento medesimo non sia in grado di influire sulla sua legittimità, mentre invece il Consiglio di Stato richiede che comunque nello statuto siano previste clausole che stabiliscono l'incapacità delle quote di partecipazione a privati.

La giurisprudenza della Corte di giustizia ha anche legittimato l'in house frazionato o pluripartecipato, configurando egualmente il controllo analogo in caso di partecipazione di diversi soggetti pubblici, ritenendosi che lo stesso possa essere effettuato congiuntamente e non necessariamente da parte del singolo ente; sempreché ciascuna delle autorità stesse partecipi sia al capitale sia agli organi direttivi dell'entità suddetta [sez. III, 29 novembre 2012, n. 182 (Società Econord)].

Nella pratica si era verificata l'ipotesi di enti locali che acquisivano una partecipazione minima (1%) di capitale di un soggetto in totale partecipazione pubblica e conseguentemente affidavano direttamente il servizio alla società stessa. La Corte di giustizia, a cui si era rivolto il Consiglio di Stato nell'ambito della decisione di un ricorso straordinario, ha ritenuto possibile l'affidamento diretto qualora sia consentita la rappresentanza di tutti gli enti pubblici partecipanti negli organi della società e il controllo analogo avvenga congiuntamente, e non necessariamente, da parte dei

singoli soggetti pubblici. Come poi in pratica si verifichi tale ipotesi consegue a un'indagine empirica rimessa al giudice del singolo Stato membro.

Le nuove direttive appalti e concessioni (si rimanda al paragrafo 12) hanno disciplinato anche l'in house frazionato o pluripartecipato.

Il terzo requisito è costituito dalla prevalenza dell'attività con l'ente affidante; ossia il soggetto in house deve svolgere la parte più importante della propria attività con il soggetto o i soggetti pubblici che lo controllano. Il che non vuol dire che il soggetto in house debba svolgere esclusivamente l'attività con i soggetti controllanti, ma che la diversa attività svolta debba essere accessoria, marginale e residuale.

Una delle novità delle nuove direttive appalti e concessioni (si rimanda al paragrafo 12) è costituita dall'aver definito la soglia minima necessaria per l'individuazione del requisito della prevalenza dell'attività.

6. L'in house modello organizzativo e modalità di affidamento.

In presenza delle tre condizioni di cui si è detto il soggetto in house è solo formalmente e non sostanzialmente distinto dall'amministrazione o dalle amministrazioni controllanti, delle quali costituisce una *longa manus* o braccio operativo; il che legittima l'affidamento diretto.

La libertà delle amministrazioni di autoorganizzarsi costituisce principio da sempre riconosciuto dalla Corte di giustizia, ma esso convive con l'altro principio (cardine del Trattato) di tutela della concorrenza. Si tratta di due principi che non vivono su due rette parallele che non si incontrano mai; essi, invece, vanno coordinati tra di loro, dato che la libertà di autoorganizzazione se incide sul principio di concorrenza non è più consentita; anzi essa non può mai portare al punto di chiudere l'accesso al mercato. Anche se, secondo la Corte di giustizia, nel caso in cui l'amministrazione affida direttamente a un soggetto in house un servizio o un appalto essa non incide sul mercato proprio perché non si verifica alcuna relazione di mercato, intesa come rapporto intersoggettivo. E' chiaro però che, nella sostanza, l'affidamento in house toglie comunque la possibilità agli operatori del settore di conseguire una commessa pubblica.

E allora la chiave di volta la si trova nell'art. 106, comma 2, primo periodo, del TFUE, secondo cui *“Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata”*.

Innanzitutto, nell'ambito della gestione di servizi di interesse economico generale, ossia dei servizi pubblici di rilevanza economica, vanno osservate le regole di concorrenza. Solo allorquando

l'applicazione delle regole di concorrenza ostacoli l'adempimento della specifica missione affidata ai soggetti incaricati della gestione dei servizi, consistente nella soddisfazione dei bisogni degli utenti destinatari dei servizi, è consentito non applicare le regole di concorrenza; e quindi affidare direttamente a soggetto in house in deroga alla concorrenza. È quanto accade nell'ipotesi del cosiddetto fallimento del mercato, nozione nota agli economisti, che si verifica quando l'indizione di una procedura di evidenza pubblica diventa antieconomica per l'ente pubblico poiché non si trovano sul mercato soggetti interessati a svolgere lo specifico servizio, o a svolgerlo alle condizioni richieste.

7. L'evoluzione nei servizi pubblici locali di rilevanza economica: cenni.

Non è possibile in questa sede soffermarsi sull'evoluzione normativa, giurisprudenziale e fattuale nei servizi pubblici locali di rilevanza economica, in questi ultimi tempi davvero torrenziale e spesso contraddittoria.

Si è passati dall'art. 23-bis del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla l. 6 agosto 2008, n. 133, abrogato dall'art. 1, comma 1, del d.P.R. 18 luglio 2011, n. 113 a seguito dell'esito del referendum del giugno 2011, all'art. 4 del d.l. n. 138/2011, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 148/2001, poi dichiarato incostituzionale dalla Corte Costituzionale, con la sentenza 20 luglio 2012, n. 199, fino all'art. 34, commi da 20 a 27, del d.l. n. 179/2012, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 221/2012; questi ultimi commi rappresentano le attuali norme interne di carattere generale in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica.

Il passaggio dalla filosofia alla base del citato art. 23 bis (privatizzazioni) a quella alla base dell'art. 4 del d.l. n. 138/2011 (liberalizzazioni) non è stata colta appieno dalla Corte costituzionale, la quale ha dichiarato l'incostituzionalità del citato art. 4 unicamente in virtù della violazione dell'art. 75 della Cost., rilevando la sostanziale identità della nuova normativa con quella abrogata a seguito del risultato del referendum e, quindi, il contrasto con la volontà manifestata dal voto popolare.

Ciò che invece si intende mettere in rilievo è la domanda necessariamente conseguente alla disciplina introdotta dall'art. 34, comma 20, del d.l. n. 179/2012. Ossia, per i servizi pubblici locali di rilevanza economica, l'affidamento in house è del tutto libero o meno? Si è ritornati alla disciplina di cui all'art. 113, comma 5, del d.lgs. n. 267/2000, ossia alla equiordinazione tra le modalità di affidamento (sostanzialmente due, evidenza pubblica e affidamento in house, rientrando la cosiddetta gara a doppio oggetto per la costituzione della società mista nel primo modulo)?

Il citato art. 34, comma 20, prevede che *“l'affidamento del servizio”* - quindi anche quello in house - *“è effettuato sulla base di apposita relazione, pubblicata sul sito internet dell'ente affidante,*

che dà conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta e che definisce i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale, indicando le compensazioni economiche se previste”.

Alla domanda sembrerebbe doversi dare risposta affermativa, una volta che la sentenza della Corte costituzionale n. 199/2012 ha comportato la caducazione della normativa che individuava l'in house come eccezione e deroga (limitandolo alla fine solo ai servizi di valore non superiore a 200.000 euro). In considerazione, invece, della mancanza di limiti al ricorso all'in house ritenuta dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. Anche se va ricordato che la stessa Corte costituzionale (con la sentenza 17 novembre 2010, n. 325) aveva statuito la legittimità di leggi (nella specie regionali) che limitavano ulteriormente il ricorso all'in house, affermando che il diritto comunitario consente al legislatore interno di prevedere limitazioni all'affidamento diretto, il quale costituisce eccezione al principio di concorrenza, più estese di quelle comunitarie.

Tuttavia vi è un chiaro *favor* della legge per la gara a discapito dell'in house, costituito da vari svantaggi previsti per l'ente che affida in house anziché previa gara (ai fini della valutazione della virtuosità e del conseguimento dei finanziamenti), e da diversi obblighi posti a carico del soggetto affidatario in house che conseguono alla parziale assimilazione del medesimo ad una pubblica amministrazione (applicazione del codice appalti in caso di acquisto di beni e servizi, dei principi di cui all'art. 35 del d.lgs. 30 marzo 2011, n. 165 ai quali sono sottoposte le pubbliche amministrazioni per l'assunzione di personale e il conferimento degli incarichi, nonché dei vincoli assunzionali e di contenimento delle politiche retributive stabiliti dall'ente locale controllante). Il richiamo è all'art. 3-bis, commi 3, 4 e 5 (ex 6), del d.l. n. 138/2011.

E vi sono poi limiti - numerici, qualitativi e con riguardo alla modalità di scelta - posti alla composizione dei consigli di amministrazione delle società in house, siccome a totale partecipazione pubblica, nonché ai compensi degli amministratori (art. 4, commi 5 e 4, del d.l. 6 luglio 2012, n. 95, convertito, con modificazioni, dalla l. 7 agosto 2012, n. 135).

Sarà allora difficile rispondere in senso affermativo alle domande poste. L'affidamento in house comporta, infatti, una serie di conseguenze restrittive per l'ente locale, che dovrà giustificare - con decisione sindacabile innanzi al giudice amministrativo - il ricorso all'in house (al posto della gara) in un'ottica di costi/benefici: *spending review* o migliore efficienza ed efficacia del servizio.

8. L'in house nelle società strumentali.

L'in house, come già notato, non è tipico dei servizi pubblici ravvisandosi anche nel settore degli appalti.

Le società strumentali in house svolgono la loro attività a favore della o delle pubbliche amministrazioni controllanti, prestando alle stesse servizi e forniture.

Ai sensi dell'art. 4, comma 8, del d.l. n. 95/2012, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 135/2012, e successive modificazioni, *“Al fine di evitare distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori nel territorio nazionale, a decorrere dal 1° gennaio 2014 le pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 2001, le stazioni appaltanti, gli enti aggiudicatori e i soggetti aggiudicatori di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, nel rispetto dell'articolo 2, comma 1 del citato decreto acquisiscono sul mercato i beni e servizi strumentali alla propria attività mediante le procedure concorrenziali previste dal citato decreto legislativo”*.

La norma, che enuncia il principio dell'evidenza pubblica, trova poi deroga nel successivo comma 8, primo periodo, secondo cui *“A decorrere dal 1° gennaio 2014 l'affidamento diretto può avvenire solo a favore di società a capitale interamente pubblico, nel rispetto dei requisiti richiesti dalla normativa e dalla giurisprudenza comunitaria per la gestione in house”*.

Il comma 8, che non si applica alle Regioni ad autonomia ordinaria per effetto della sentenza della Corte costituzionale 23 luglio 2013, n. 229 ma solo per un problema di competenza legislativa, recepisce la giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di generale operatività dell'in house nel campo degli appalti e dei servizi pubblici; giurisprudenza la quale, con riguardo all'affermazione dei principi e all'interpretazione, costituisce essa stessa diritto europeo immediatamente operante. Ne consegue che il citato art. 4, comma 8, costituisce una norma pleonastica, poiché quanto dalla stessa disposto sarebbe stato egualmente applicabile pure in sua mancanza.

Anche le società strumentali in house - come quelle in house affidatarie di servizi pubblici - devono adottare, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi, anche di derivazione comunitaria, di trasparenza, pubblicità e imparzialità. Inoltre esse, come le aziende speciali, le istituzioni e le società a partecipazione pubblica locale totale o di controllo, si attengono al principio di riduzione dei costi del personale, attraverso il contenimento degli oneri contrattuali e delle assunzioni di personale. A tal fine l'ente controllante, con proprio atto di indirizzo, tenuto anche conto delle disposizioni che stabiliscono a suo carico divieti o limitazioni alle assunzioni di personale, definisce, per ciascuno dei soggetti di cui al precedente periodo, specifici criteri e modalità di attuazione del principio di contenimento dei costi del personale, tenendo conto del settore in cui ciascun soggetto opera. Le aziende speciali, le istituzioni e le società a partecipazione pubblica locale totale o di controllo adottano tali indirizzi con propri provvedimenti (art. 18, commi 2 e 2-bis,

del d.l. n. 112/2008, e successive modificazioni, da ultimo apportate con l'art. 4, comma 12-bis, d.l. 24 aprile 2014, n. 66, convertito, con modificazioni, dalla l. 23 giugno 2014, n. 89).

Per le società strumentali, ma con esclusione dei servizi pubblici, vi sono dei limiti ulteriori che condizionano non solo la loro capacità ma anche la possibilità della loro costituzione.

Vi è innanzitutto un limite alla costituzione della società, posto dall'art. 3, comma 27, della l. 24 dicembre 2007, n. 244 (legge finanziaria 2008), secondo cui, *“Al fine di tutelare la concorrenza e il mercato, le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, non possono costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né assumere o mantenere direttamente partecipazioni, anche di minoranza, in tali società”*.

E' imposta poi l'esclusività dell'oggetto sociale, ex art. 13, comma 1, del d.l. 4 luglio 2006, n. 223, convertito, con modificazioni, dalla l. 4 agosto 2006, n. 248, per il quale *“Al fine di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori nel territorio nazionale, le società, a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti in funzione della loro attività,...devono operare con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti, non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, nè in affidamento diretto nè con gara, e non possono partecipare ad altre società o enti aventi sede nel territorio nazionale”*.

Dette società diventano ad oggetto sociale esclusivo; come testualmente disposto dal comma 2 del citato art. 13, secondo cui *“Le società di cui al comma 1 sono ad oggetto sociale esclusivo e non possono agire in violazione delle regole di cui al comma 1”*.

Di qui l'ulteriore peculiarità propria delle società strumentali in house; dovendo l'attività svolta a favore dell'ente controllante essere esclusiva, non è possibile effettuare attività a favore o assieme ad amministrazioni diverse. Di qui il requisito della prevalenza richiesto nell'in house viene ad essere assorbito da quello dell'esclusività.

La conformità a Costituzione di tutte queste norme limitative con riguardo alle sole società strumentali è stata ritenuta dalla Corte costituzionale (con le sentenze 1 agosto 2008, n. 326 e 30 aprile 2009, n. 125), che ne ha individuato la *ratio* nel carattere amministrativo dell'attività svolta dalle società medesime, oltre che nell'esigenza di tutelare la concorrenza al fine di evitare alterazioni o distorsioni del mercato e di assicurare la *par condicio* degli operatori che ambiscono alle commesse pubbliche.

9. L'in house nel servizio di distribuzione del gas.

L'in house non esiste nel gas.

Ai sensi dell'art. 14, comma 1, del d.lgs. 23 maggio 2000, n. 164 (cosiddetto decreto Letta), *“L'attività di distribuzione di gas naturale è attività di servizio pubblico. Il servizio è affidato esclusivamente mediante gara per periodi non superiori a dodici anni”*.

Ciò in applicazione di specifica normativa europea (direttiva 98/30/CE) a cui il d.lgs. n. 164/2000 ha dato attuazione.

Il gas costituisce servizio pubblico con riguardo all'attività di realizzazione delle reti, ossia delle condutture che portano il gas nelle case dei singoli utenti.

Si dice che il gas costituisce un monopolio naturale. Ciò significa che la concorrenza viene realizzata a monte, ossia nella fase di scelta del soggetto il quale deve realizzare le reti. Una volta aggiudicata la gara, il servizio di distribuzione del gas naturale viene ad essere svolto in situazione di monopolio soltanto da parte dell'aggiudicatario, al quale, in tal modo, viene attribuito un diritto di esclusiva.

Il mercato è invece liberalizzato con riguardo alla fase successiva alla realizzazione delle reti, con riguardo alla fornitura del gas ai singoli utenti; fornitura che è svolta da soggetti allo scopo autorizzati, o mediante un sistema di segnalazione certificata di inizio attività (SCIA), i quali agiscono in concorrenza tra di loro.

L'intenzione della normativa comunitaria era quella di liberalizzare tutto il relativo settore. Nell'ordinamento italiano, invece, la liberalizzazione è avvenuta in maniera parziale, siccome limitata alla fase inerente la fornitura del gas e non anche a quella necessariamente antecedente riguardante la realizzazione delle reti.

10. La società in house come società a diritto speciale.

La società in house, come tutte le società pubbliche, è soggetta innanzitutto alla disciplina del codice civile.

Qualora ve ne fosse il dubbio esso è stato rimosso dall'art. 4, comma 13, quarto periodo, del d.l. n. 95/2012, secondo cui *“Le disposizioni del presente articolo e le altre disposizioni, anche di carattere speciale, in materia di società a totale o parziale partecipazione pubblica si interpretano nel senso che, per quanto non diversamente stabilito e salvo deroghe espresse, si applica comunque la disciplina del codice civile in materia di società di capitali”*.

La giurisprudenza è nella medesima direzione. Secondo Cass. civ., sez I, 27 settembre 2013, n. 22209 (nella specie si trattava però di una società mista), *“In tema di società partecipate dagli enti locali, la scelta del legislatore di consentire l'esercizio di determinate attività a società di capitali, e dunque di perseguire l'interesse pubblico attraverso lo strumento privatistico, comporta che queste*

assumano i rischi connessi alla loro insolvenza, pena la violazione dei principi di uguaglianza e di affidamento dei soggetti che con esse entrano in rapporto ed attesa la necessità del rispetto delle regole della concorrenza, che impone parità di trattamento tra quanti operano all'interno di uno stesso mercato con identiche forme e medesime modalità”.

Vi sono poi una serie di ulteriori regole speciali che si applicano alle società in quanto pubbliche; alcune si rinvengono già nel codice civile (ad esempio, l'art. 2449), altre sono dettate da singole norme di legge, delle quali in parte si è già detto, alcune specifiche delle società in house, e altre delle società strumentali con esclusione dei servizi pubblici locali e dei servizi di interesse generale (nozione questa che ricomprende la precedente).

Esiste, quindi, una disciplina più restrittiva per le società strumentali in house e permane una certa distonia con quella propria delle società in house che gestiscono o erogano servizi pubblici.

Non è più negabile un diritto speciale dei soggetti in house; si tratta, in particolare, di una specialità nella specialità, in quanto alla particolare disciplina delle società pubbliche si aggiunge quella relativa alle società in house, che prende direzioni diverse se si tratta di servizi strumentali o di servizi di interesse generale.

Può dirsi ormai acquisito il carattere anomalo del fenomeno dell'in house nel panorama del diritto societario, laddove è difficile ammettere una società che non abbia alcuna autonomia gestionale. Siffatta mancanza, in entrambi i casi di società in house strumentali e non, non consente l'esercizio di una vera attività di impresa da parte della pubblica amministrazione, anche perché manca il rischio relativo.

È emblematico l'ultimo orientamento delle sezioni unite della Corte di cassazione, anche se espresso in materia di giurisdizione della Corte dei conti in tema di danno ambientale.

Secondo la Cassazione (sez. un., 25 novembre 2013, n. 26283 e 26 marzo 2014, n. 7177), *“La Corte dei conti ha giurisdizione sull'azione di responsabilità esercitata dalla Procura della Repubblica presso la Corte quando tale azione sia diretta a far valere la responsabilità degli organi sociali per i danni da essi cagionati al patrimonio di una società "in house", così dovendosi intendere quella costituita da uno o più enti pubblici per l'esercizio di pubblici servizi, di cui esclusivamente i medesimi enti possano essere soci, che statutariamente espliciti la propria attività prevalente in favore degli enti partecipanti e la cui gestione sia per statuto assoggettata a forme di controllo analoghe a quello esercitato dagli enti pubblici sui propri uffici”.*

Per la Cassazione il danno al patrimonio della società in house costituisce danno erariale. Si tratta, infatti, di pregiudizio al patrimonio dell'ente pubblico socio; che rappresenta un patrimonio separato ma pur sempre giudicato riferibile all'ente pubblico. Tutti i danni arrecati al patrimonio sociale divengono, quindi, anche danni diretti al patrimonio pubblico.

La decisione della Cassazione è abbastanza “forzata” - soprattutto rispetto all’ordinaria separazione tra i patrimoni del socio e della società, che costituisce una delle caratteristiche del fenomeno societario oltre che dell’utilità del ricorso allo stesso - e, anche se riferita unicamente all’individuazione del giudice competente, aumenta il tasso di anomalia del fenomeno dell’in house. È abbastanza prevedibile una corsa a modifiche statutarie che, rendendo non più configurabile il requisito del controllo analogo, escludono la relazione in house e, conseguentemente, la responsabilità per danno erariale.

11. L’in house orizzontale e il controllo limitato ad alcune delle attività della società.

Una recente decisione della Corte di giustizia si è interessata del fenomeno dell’in house orizzontale, inteso come la situazione in cui l’amministrazione o le amministrazioni aggiudicatrici esercitano un controllo analogo su due operatori economici distinti di cui uno affida un appalto all’altro, e del controllo limitato ad alcune delle attività della società controllata.

Si tratta di Corte di giustizia, sez. V, 8 maggio 2014 (causa C-15/13), la cui massima è la seguente:

“L’articolo 1, paragrafo 2, lettera a), della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, deve essere interpretato nel senso che un contratto avente ad oggetto la fornitura di prodotti, concluso tra, da un lato, un’Università che è un’amministrazione aggiudicatrice ed è controllata nel settore delle sue acquisizioni di prodotti e servizi da uno Stato federale tedesco e, dall’altro, un’impresa di diritto privato detenuta dallo Stato federale e dagli Stati federali tedeschi, compreso detto Stato federale, costituisce un appalto pubblico ai sensi della medesima disposizione e, pertanto, deve essere assoggettato alle norme di aggiudicazione di appalti pubblici previste da detta direttiva”.

La controversia conseguiva all’affidamento diretto di un appalto di forniture da parte di un’Università della Città di Amburgo (Stato federale e amministrazione aggiudicatrice) ad una società tedesca. La Corte di giustizia, come sempre, viene investita del problema conseguente alla legittimità di siffatto affidamento diretto a seguito della contestazione innanzi al giudice tedesco da parte di un operatore del settore.

Nella specie, tra l’Università tedesca e la società non vi era alcun rapporto di controllo in quanto la prima non aveva alcuna partecipazione nella seconda. Tuttavia, la Città di Amburgo, Stato federale tedesco, controllava, assieme alla Repubblica federale di Germania e ad altri Lander tedeschi, sia la società che l’Università. In tal modo sia la società che l’Università erano controllate dalla stessa amministrazione aggiudicatrice, la Città di Amburgo. La questione viene rimessa alla

Corte da parte del giudice di appello tedesco che, configurando nella specie la possibilità di un in house orizzontale, prefigura la legittimità dell'affidamento diretto; che viene invece escluso dalla Corte di giustizia sulla base di due considerazioni.

La prima, consistente nella circostanza che l'affidamento è disposto da un'amministrazione aggiudicatrice (l'Università della Città di Amburgo) a favore di una società nella quale l'Università non detiene alcuna partecipazione nel capitale e non ha alcun rappresentante legale negli organi direttivi della stessa.

La seconda, fondata sul fatto che il controllo esercitato dalla Città di Amburgo sull'Università si estende solo a una parte dell'attività di quest'ultima, ossia solo in materia di acquisizioni e non anche ai settori dell'istruzione e della ricerca, nell'ambito dei quali l'Università dispone di ampia autonomia. Cosicché in una situazione di controllo parziale non è possibile riconoscere l'esistenza del controllo analogo, venendo meno la possibilità di determinare (tutti) gli obiettivi strategici e (tutte) le decisioni significative del soggetto controllato. Pertanto, considerato che l'oggetto dell'affidamento dell'Università alla società riguarda l'attività di istruzione svolta dall'Università stessa, sulla quale attività non è configurabile alcun controllo analogo da parte della Città di Amburgo, e data l'inconfigurabilità di un in house parziale, nella specie l'affidamento senza gara viene ritenuto avvenuto in violazione delle regole di concorrenza.

La decisione della Corte di giustizia è di rilievo poiché non esclude l'astratta configurazione dell'in house orizzontale, mentre invece richiede che il controllo, per configurarsi analogo, debba essere totale e non limitato solo ad alcune delle attività svolte dal soggetto partecipato.

12. L'in house nelle nuove direttive.

Sulla Gazzetta ufficiale dell'UE del 28 marzo 2014 sono state pubblicate le nuove direttive del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici.

Si tratta delle direttive 2014/24/UE nei settori ordinari, 2014/25/UE sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali (settori speciali) e 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione.

La nuova normativa entra in vigore il ventesimo giorno successivo alla pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale dell'UE e gli Stati membri hanno tempo per recepire le direttive fino al 18 aprile 2016.

Le prime due direttive sostituiscono, rispettivamente, le direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE, mentre la terza, in tema di concessioni (di lavori e di servizi), rappresenta novità assoluta.

Le direttive non parlano mai di in house ma regolano il fenomeno con riguardo agli appalti e alle concessioni tra enti nell'ambito del settore pubblico, o agli appalti tra amministrazioni

aggiudicatrici (per i settori speciali), aggiudicati a una “persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato”; escludendoli dall’ambito di applicazione delle direttive. Il riferimento normativo è all’art. 12 della direttiva appalti (2014/24/UE), all’art. 28 della direttiva settori speciali (2014/25/UE) e all’art. 17 della direttiva concessioni (2014/23/UE).

I principi affermati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di in house sono stati in gran parte recepiti e codificati (sulla falsariga di quanto avvenuto con la l. 7 agosto 1990, n. 241, in materia di procedimento amministrativo, che ha legificato diversi principi giurisprudenziali). Ma vi sono alcune precisazioni e novità in tema di requisiti. All’individuazione di una relazione in house consegue, come effetto, l’esclusione dall’applicazione delle direttive appalti e concessioni. La relazione, ipotizzata nei riguardi di una “persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato”, estende i confini dell’in house al di fuori del fenomeno delle società comprendendo anche gli enti pubblici (ad esempio, le aziende speciali, previste dall’art. 114 del d.lgs. n. 267/2000).

Per l’individuazione dell’in house è richiesto innanzitutto il controllo analogo.

Le direttive, al riguardo, precisano che tale condizione risulta soddisfatta qualora l’amministrazione aggiudicatrice (o anche l’ente aggiudicatore per le concessioni) eserciti un’influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative dell’affidatario in house e risolvono anche i dubbi in tema di cosiddetto controllo analogo indiretto, in quanto si prevede che il controllo possa essere esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall’amministrazione aggiudicatrice. Si pensi, ad esempio, alle holding di partecipazioni, che si interpongono fra l’amministrazione aggiudicatrice e la società beneficiaria in house, o alle società consortili, dove gli enti pubblici esercitano il controllo della società consortile non direttamente ma attraverso le società consorziate, che, a loro volta, sono controllate da tali enti.

Una precisazione delle nuove direttive riguarda il concetto di prevalenza dell’attività. La condizione viene ritenuta soddisfatta qualora oltre l’80% delle attività del soggetto affidatario in house siano effettuate nello svolgimento dei compiti ad esso affidati dal soggetto controllante o da altre persone giuridiche controllate dall’amministrazione controllante.

Novità di rilievo è quella in tema del requisito della totale partecipazione pubblica. Che è sempre richiesta, ma una relazione in house viene egualmente configurata anche in presenza di forme di partecipazione di capitali privati, prescritte dalle disposizioni legislative nazionali in conformità dei trattati, che non comportano controllo o potere di veto, attraverso le quali non può essere esercitata alcuna influenza determinante sul soggetto affidatario in house.

Quanto previsto in tema di affidamento a un soggetto in house vale anche per escludere l’applicazione della direttiva agli appalti o alle concessioni aggiudicati dal soggetto in house, che è

a sua volta amministrazione aggiudicatrice, alla propria amministrazione controllante o ad altro soggetto giuridico controllato da quest'ultima, sempreché nell'aggiudicataria non vi sia alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati di cui si è detto. Si verifica una sorta di bidirezionalità dell'in house.

La direttiva chiarisce anche le modalità attraverso cui le amministrazioni pubbliche in possesso di partecipazioni di minoranza possono esercitare il controllo analogo, codificando l'in house frazionato o pluripartecipato. Tali amministrazioni potranno esercitare il controllo in modo congiunto con le altre a condizione che siano soddisfatte tutte le seguenti condizioni:

- a) gli organi decisionali dell'organismo controllato siano composti da rappresentanti di tutti i soci pubblici partecipanti, ovvero, tra soggetti che possono rappresentare più o tutti i soci pubblici partecipanti;
- b) i soci pubblici siano in grado di esercitare congiuntamente un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative dell'organismo controllato;
- c) l'organismo controllato non persegua interessi contrari a quelli dei soci pubblici partecipanti.

13. Il partenariato pubblico-pubblico, ossia la cooperazione pubblico-pubblico non istituzionalizzata.

I rapporti convenzionali tra amministrazioni aggiudicatrici, instaurati attraverso la stipulazione di un accordo interamministrativo, non possono considerarsi, per ciò solo e indipendentemente dalla loro natura, estranei alla nozione comunitaria di appalto pubblico e, di conseguenza, alla normativa sull'evidenza pubblica.

Secondo la Corte di giustizia UE, grande sezione, 9 giugno 2009, n. 480, *“Il diritto comunitario non impone alle autorità pubbliche di utilizzare una particolare forma giuridica per assicurare lo svolgimento in comune delle funzioni di servizio pubblico. Il sistema di cooperazione organizzato dalla città di Amburgo ed alcuni Landkreise tedeschi non mette in questione l'obiettivo principale delle norme comunitarie in materia di appalti pubblici, la libera circolazione dei servizi e l'apertura alla concorrenza negli Stati membri. Ciò in quanto l'attuazione di tale cooperazione è retta unicamente da considerazioni e prescrizioni connesse al perseguimento di obiettivi d'interesse pubblico e poiché viene, al contempo, salvaguardato il principio della parità di trattamento degli interessati di cui alla direttiva 92/50”*.

Ossia, secondo la Corte di Giustizia, per esonerare dall'applicazione delle direttive appalti e comunque della normativa europea, occorre il requisito della funzionalizzazione del contratto intercorso tra le amministrazioni allo svolgimento di una funzione pubblica ad esse comune.

Le tre recenti direttive (si veda il paragrafo 12) contengono una disciplina “fotocopia” volta ad escludere quei contratti conclusi esclusivamente tra due o più amministrazioni aggiudicatrici dall’ambito di applicazione della normativa europea, allorquando siano soddisfatte – cumulativamente – le seguenti condizioni:

a) il contratto sia volto a stabilire o realizzare una cooperazione tra le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti, finalizzata a garantire che i servizi pubblici che esse sono tenute a svolgere siano prestati nell’ottica di conseguire gli obiettivi che esse hanno in comune;

b) l’attuazione di tale cooperazione sia retta esclusivamente da considerazioni inerenti all’interesse pubblico;

c) le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti svolgano sul mercato aperto meno del 20% delle attività interessate dalla cooperazione.

14. L’applicazione del codice appalti ai servizi pubblici, ovvero l’incertezza del diritto.

Come si è visto, ai servizi pubblici non si applicano le norme del codice appalti, ovvero il d.lgs. n. 163/2006, ma unicamente, ai sensi dell’art. 30 dello stesso, i principi desumibili dal Trattato e i principi generali relativi ai contratti pubblici.

Ciò vuol dire che le norme e le procedure del codice appalti si applicano solo se richiamate espressamente dal bando di gara, a meno che non costituiscano espressione di principi del Trattato o di principi generali dei contratti pubblici. Diviene, quindi, essenziale stabilire quali norme del codice appalti, che già costituisce attuazione di normativa europea, sono espressione di principi del Trattato e di quelli generali relativi ai contratti pubblici.

Infatti, se le norme contenute nel codice appalti costituiscono espressione di tali principi, qualora disciplinino le procedure di gara si applicano anche alle procedure relative ai servizi pubblici. Qualora il bando non preveda l’applicazione di norme del codice appalti costituenti espressione dei detti principi il bando stesso sarà illegittimo. La problematica incide, quindi, sulla patologia degli atti amministrativi, considerando che l’eventuale caducazione del bando, che è il primo atto di gara oltre che la sua *lex specialis*, comporta la caducazione di tutti gli atti successivi, sino all’aggiudicazione finale.

Di seguito si riportano alcune recenti massime della giurisprudenza in materia:

a) *“In sede di affidamento di una concessione di servizi con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, sono applicabili le disposizioni di cui all’art. 84, comma 4 (relativo alle incompatibilità dei componenti della commissione giudicatrice) e 10 (relativo ai tempi di nomina della commissione) d.lg. n. 163 del 2006, in quanto espressive dei principi di trasparenza*

e di parità di trattamento, richiamati dall'art. 30, comma 3, del medesimo d.lg.” (Cons. Stato, ad. plen., 7 maggio 2013, n. 13).

b) *“L'art. 84 comma 2, codice contratti pubblici, nell'affermare che la commissione di gara è costituita da un numero dispari di componenti non superiore a cinque, non è espressione di un principio generale, immanente nell'ordinamento, tale da determinare l'illegittimità della costituzione di un collegio avente un numero pari di componenti, essendo numerose le ipotesi di collegi, sia giurisdizionali che amministrativi, che operano (o che occasionalmente possono operare) in composizione paritaria” (Cons. Stato, sez. III, 11 luglio 2013, n. 3730).*

c) *“La norma sancita dall'art. 37, comma 13, codice dei contratti pubblici (d.lg. 12 aprile 2006, n. 163), che impone ai concorrenti riuniti, già in sede di predisposizione dell'offerta, l'indicazione della corrispondenza fra quota di partecipazione al raggruppamento e quota di esecuzione delle prestazioni (per i contratti di appalto di lavori, servizi e forniture fino al 14 agosto 2012 e per i soli contratti di appalto di lavori a decorrere dal 15 agosto 2012) - pur integrando un precetto imperativo capace di imporsi anche nel silenzio della legge di gara come requisito di ammissione dell'offerta a pena di esclusione - non esprime un principio generale desumibile dal Trattato sul funzionamento dell'Unione europea ovvero dalla disciplina dei contratti pubblici di appalto e come tale, a mente dell'art. 30, comma 3, del medesimo codice, non può trovare applicazione ad una selezione per la scelta del concessionario di un pubblico servizio” (Cons. Stato, ad. plen., 30 gennaio 2014, n. 7).*

d) *“L'applicabilità alle concessioni delle disposizioni del codice dei contratti deve essere espressamente resa manifesta dall'amministrazione aggiudicatrice attraverso il richiamo nella legge di gara, circoscritta evidentemente al bando ed al disciplinare di gara, non potendo estendersi agli atti della commissione di gara. E l'avvalimento non è sussumibile in alcuno dei principi stabiliti dall'art. 30, comma 3, del codice dei contratti pubblici” (Cons. Stato, sez. V, 2 maggio 2013, n. 2385).*

In senso contrario:

“L'istituto dell'avvalimento - quale espressione di principi generali a tutela della concorrenza, consentendo la partecipazione di soggetti che senza l'ausilio di altra impresa non avrebbero i requisiti richiesti per la partecipazione stessa - trova applicazione ai sensi dell'art. 30 D.L.vo 12 aprile 2006 n. 163 anche in presenza di una concessione di servizi pubblici,...” (Cons. Stato, sez. VI, 22 luglio 2014, n. 3905; nello stesso senso si veda la determinazione dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici 1 agosto 2012, n. 2).

Tra gli altri vi è anche il problema dell'applicabilità dell'art. 83, comma 4, primo periodo, del codice dei contratti pubblici, secondo cui *“Il bando per ciascun criterio di valutazione prescelto*

prevede, ove necessario, i sub - criteri e i sub - pesi o i sub – punteggi”. Si tratta di un principio, e quindi si applica anche ai servizi pubblici oppure no, per la sola circostanza che non può costituire principio una norma che ammette deroga (“*ove necessario*”)? Conseguentemente il bando che non riporta la clausola di cui al detto art. 83, comma 4, è illegittimo?

Le dette massime e problematiche mettono in evidenza l’incertezza normativa, le conseguenti difficoltà interpretative e spesso i dissidi con riguardo alla disciplina applicabile ai servizi pubblici. Si veda, in particolare, quanto affermato in tema di avvalimento, istituto che la stessa giurisprudenza della Corte di giustizia (10 ottobre 2013, n. C-94/12) ha ritenuto espressivo del principio di concorrenza e quindi di uno dei principi del Trattato, tanto che è consentito anche nel caso in cui non sia previsto dal bando.

Siffatta incertezza dovrebbe finire con il recepimento della nuova direttiva concessioni, in quanto, una volta che anche i servizi pubblici hanno il loro “*corpus*” normativo sulla falsariga degli appalti pubblici (di servizi), non ha più ragione di essere l’individuazione, a fini applicativi, delle norme del codice appalti che sono espressione “*dei principi desumibili dal Trattato e dei principi generali relativi ai contratti pubblici*”. Rimanendo soltanto, come per tutti gli appalti pubblici, la necessaria applicazione “*dei principi desumibili dal Trattato*”; principi ai quali le direttive devono dare comunque attuazione e dei quali esse stesse rappresentano espressione.

15. Conclusioni.

Recentemente il d.l. 24 giugno 2014, n. 90, in corso di conversione, ha previsto misure per lo snellimento del processo amministrativo, tra cui interventi di semplificazione degli oneri formali nella partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici, nonché misure per l’ulteriore accelerazione dei giudizi in materia di appalti pubblici e per il contrasto all’abuso del processo (artt., rispettivamente, 39, 40 e 41).

Quanto esse possano essere di beneficio al processo amministrativo lo si vedrà in seguito all’applicazione pratica, e comunque già si preannunciano modifiche al testo del decreto legge.

Ma ciò che non si può passare sotto voce è che il problema centrale nel settore degli appalti pubblici è dato dall’incertezza normativa conseguente alla poca chiarezza della molta, e anzi troppa, disciplina esistente, oltre che alla frequenza di interventi normativi continui, spesso contraddittori tra di loro. E’ questo il vero male nel settore degli appalti pubblici, che alimenta il contenzioso e non è nemmeno del tutto estraneo all’ulteriore problema, sempre e ancora attuale, qual’è quello della corruzione.

Il sistema di multistrato e multilivello normativo non è al momento superabile. Tuttavia, una normativa semplificata, più chiara, meno caotica e più attenta agli aspetti di sostanza rispetto a

quelli di forma sarebbe di enorme ausilio in un settore strategico per il Paese. Mentre, invece, addossando tutti i mali al giudice amministrativo - il quale applica e non crea il diritto - non si fa altro che proseguire in una direzione errata.
